



Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 22. Februar 2021 zum Antrag BT-Drs. 19/23695 (Überwachungsgesamtrechnung)

Meiner beruflichen Kompetenz als Staatsrechtslehrer entsprechend beschränke ich meine Stellungnahme auf die Fragen,

- ob es eine verfassungsrechtliche Pflicht gibt, eine Überwachungsgesamtrechnung im Sinne des Antrags durchzuführen (I.),
- ob das angeregte Sicherheitsgesetz-Moratorium mit den staatlichen Schutzpflichten vereinbar ist (II.)

I. Überwachungsgesamtrechnung

(1) Teilaspekte dessen, was mit der Überwachungsgesamtrechnung angestrebt wird, sind seit jeher selbstverständlicher Bestandteil der in Bezug auf jede neue Überwachungsmaßnahme durchzuführenden grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung, ohne dass es hierzu besonderer Vorkehrungen (wie sie der Antrag einfordert) bedürfte. So ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung in Bezug auf jede zusätzliche Überwachungsmaßnahme einer Behörde ganz selbstverständlich zu fragen, ob diese zusätzliche Maßnahme angesichts der bereits ergriffenen Ermittlungsmaßnahmen für den angestrebten Zweck wirklich erforderlich und zumutbar ist; ganz ähnlich muss bei jeder Normsetzung, die eine neue Überwachungsbezugnis etablieren will, gefragt werden, ob diese neue Befugnis angesichts der bereits bestehenden Ermittlungsbefugnisse zur Erreichung des Zwecks wirklich notwendig und angemessen ist. Im Rahmen der hergebrachten Grundrechtsprüfung, die freilich stets insoweit punktuell ist, als gefragt wird, ob eine bestimmte (behördliche oder rechtsetzende) Maßnahme eines bestimmte Kompetenzträgers für einen bestimmten Zweck angesichts des durch sie bewirkten Grundrechtseingriffs verhältnismäßig ist (vgl. Schwabenbauer in Lisken/Denninger, HdbPolR G 281), lassen sich dabei bis zu einem gewissen Grade auch die Komplikationen des sog. "additiven Grundrechtseingriffs" (dazu Schwabenbauer a.a.O Rn. 282 ff.; BVerfGE 141, 220/280 f. Rn. 130) verarbeiten, welcher in Bezug auf ein und denselben Grundrechtsträger das Zusammenwirken verschiedener Ermittlungsmaßnahmen – ggf. auch unterschiedlicher Stellen – in den Blick zu nehmen trachtet, denn wenn im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung danach gefragt wird, ob eine zusätzliche Überwachungsmaßnahme angesichts der bereits ergriffenen Ermittlungsmaßnahmen erforderlich und zumutbar ist, können und müssen ggf. auch solche Maßnahmen anderer Behörden und Kompetenzträger einbezogen werden, die für die handelnde Stelle erkennbar sind und auf deren Ergebnisse sie (etwa infolge entsprechender Übermittlungspflichten oder Abfragerechte) zugreifen kann, so dass eigene zusätzliche Ermittlungen entbehrlich werden.

(2) Der Anspruch der sog. „Überwachungsgesamtrechnung“ geht jedoch weit darüber hinaus. Das, was eine traditionelle – punktuelle – Grundrechtsprüfung zu leisten imstande ist, soll bewusst überschritten und in eine neuartige Globalperspektive überführt werden. Gefragt werden soll nicht mehr nur, ob eine bestimmte Maßnahme eines bestimmten Kompetenzträgers angesichts des durch sie verfolgten Zwecks einerseits und des durch sie bewirkten Grundrechtseingriffs andererseits verhältnismäßig ist, vielmehr sollen sämtliche staatlichen Überwachungsmaßnahmen aller möglichen Kompetenzträger, die diese zu allen möglichen Zwecken durchführen und durch die alle möglichen Grundrechte berührt werden, in einer Globalperspektive (dazu Schwabenbauer a.a.O Rn. 281, 289 f.) „zusammengerechnet“ und zur grundrechtlichen Belastung der gesamten Bevölkerung ins Verhältnis gesetzt werden. Mit diesem – vollständig entgrenzten (d.h. keinerlei Bezug mehr zu einer konkreten Maßnahme oder einem konkreten Grundrecht erkennen lassenden) – Ansinnen sprengt die Idee der Überwachungsgesamtrechnung nach hier vertretener Ansicht das, was einer rationalen juristischen Prüfung zugänglich ist. Was soll bei der Überwachungsgesamtrechnung sinnvollerweise abgewogen werden (etwa die Freiheit aller gegen die Sicherheit aller?), auf welches verfassungsmäßige Recht soll sich die Prüfung beziehen (auf die Summe der Grundrechte aller?), mit welchen Zwecken sollen die grundrechtlichen Belastungen ins Verhältnis gesetzt werden (die Summe aller legitimen Zwecke aller möglichen Kompetenzträger der deutschen Sicherheitsarchitektur)? Die Idee der Überwachungsgesamtrechnung lässt sich nicht in einer handhabbaren Weise dogmatisch operationalisieren, davon bin ich fest überzeugt. Was hier verlangt wird, übersteigt die Leistungsgrenzen der Juristerei. Daher kann es auch nicht verwundern, dass weder in der Verfassungsjudikatur noch in der Literatur eine greifbare und halbwegs konsensfähige Doktrin zur Idee der Überwachungsgesamtrechnung existiert. Die Anhänger der Überwachungsgesamtrechnung stützen sich im Wesentlichen auf eine einzige Randnummer der BVerfG-Rspr., in der (im Kontext der Vorratsdatenspeicherung) diese Idee einmal vage angedeutet wurde, ohne dass daraus indes – von einer sehr abstrakt bleibenden allgemeinen Beobachtungs- und Mäßigungspflicht der Gesetzgebers in Bezug auf die Einführung weiterer anlassloser Datensammlungen abgesehen – irgendwelche greifbaren Rechtsfolgen ableiten ließen – insb. in Bezug auf Überwachungsmaßnahmen, die (wie in aller Regel) aus bestimmten Anlass vorgenommen werden (vgl. BVerfGE 125, 260/323 f.; die im Antrag aufgeführte weitere Fundstelle NJW 2010, 823 Rn. 218 ist hiermit identisch; weitere Fundstellen – z.B. BVerfGE 112, 304/319 f.; 141, 220/280 f. – betreffen die andersgelagerte Fallgruppe des additiven Grundrechtseingriffs, die sich auf kumulative Belastungen für ein und denselben Grundrechtsträger bezieht und sich dadurch von der Überwachungsgesamtrechnung unterscheidet, so dass diese Fundstellen zur Überwachungsgesamtrechnung nichts beitragen können; zur Idee der Beobachtungspflicht vgl. außerdem die ohnehin bestehenden, mittels regulärer Grundrechtsprüfung begründeten, der Transparenz und Kontrolle dienenden Berichtspflichten gegenüber dem Parlament nach BVerfGE 141, 220/285; es ist nicht ersichtlich, dass aus der Idee der Überwachungsgesamtrechnung irgendwelche zusätzlichen greifbaren Pflichten erwachsen könnten). In der Literatur ist die Idee der Überwachungsgesamtrechnung nur vereinzelt aufgegriffen worden (insb. von Roßnagel NJW 2010, 1238); zumeist attestiert wird diesen Versuchen indes, dass ihre Überlegungen abstrakt bleiben und einer präziseren dogmatischen Aufarbeitung harren (Schwabenbauer a.a.O Rn. 289). Auch der Antrag BT-Drs. 19/23695 S. 4 konzidiert, dass bislang eine konkrete Methodik zur Operationalisierung der Überwachungsgesamtrechnung nicht vorgelegt worden sei. Dies ist nach hier vertretener Ansicht kein Zufall und auch kein leichthin behebbares Manko, vielmehr übersteigt die völlig entgrenzte Idee der Überwachungsgesamtrechnung die Leistungsgrenzen des Rechts. Die Idee einer Überwachungsgesamtrechnung ist einer Operationalisierung durch eine verlässliche und handhabbare Dogmatik schlechterdings nicht zugänglich. Wenn überhaupt, handelt es sich bei ihr um ein verfassungspolitisches Postulat, nicht aber um einen operationalisierbaren Maßstab des Rechts.

(3) Die Idee der Überwachungsgesamtrechnung stößt darüber hinaus auf ein strukturelles Hindernis: Dass die Überwachungsbefugnisse in der deutschen Sicherheitsarchitektur, wie sie durch die föderale und

gewaltenteilige Kompetenzordnung des Grundgesetzes und durch das einfache Recht geschaffen wird, auf verschiedene Kompetenzträger und Sicherheitsbehörden verteilt sind, die dabei auch z.T. unterschiedliche Zwecke verfolgen, hat auch einen freiheitsschützenden Zweck: Verhindert werden soll, dass eine einzige Stelle (losgelöst von konkreten Zwecken) sozusagen „alles“ über den Bürger weiß. Es ist nur folgerichtig, dass es für die Informationsweitergabe zwischen diesen unterschiedlichen Stellen (insb. für die zweckändernde Datenverwendung) auch anspruchsvolle grundrechtliche Grenzen und Maßgaben gibt (vgl. BVerfGE 141, 220/324 ff.); und bisweilen – insbesondere im Verhältnis von Polizei und Nachrichtendiensten – hat das BVerfG sogar ein informationelles Trennungsprinzip aus der Verfassung abgeleitet (BVerfGE 133, 277). In dem Maße, in dem die Verfassung unterschiedliche Kompetenzträger informationell voneinander abschottet, muss sie auch akzeptieren, dass diese Kompetenzträger in Bezug auf die von ihnen zu verfolgenden Zwecke eigenständig ermitteln, selbst wenn es dabei im Einzelfall zu Überschneidungen und Doppelbelastungen kommt. Bereits die Idee des additiven Grundrechtseingriffs und mehr noch die einer Überwachungsgesamtrechnung stehen dazu in einer strukturellen Spannungslage; sie setzen, indem sie die von unterschiedlichen Kompetenzträgern getroffenen Maßnahmen zusammenrechnen wollen, nämlich etwas voraus, was es in dieser Form in unserem Rechtsstaat nicht gibt: einen bei einer Stelle zusammenlaufenden Gesamtüberblick über sämtliche Ermittlungsmaßnahmen. Das Ansinnen, alle Überwachungsmaßnahmen des Staates erfassen, zusammenrechnen und Doppelbelastungen vermeiden zu wollen, würde zu Ende gedacht eine gemeinsame (und allen Sicherheitsbehörden zugängliche) Datei verlangen, in der alle Informationen zusammenlaufen und die genau diesen Gesamtüberblick überhaupt erst ermöglicht – dies freilich ist eine datenschutzrechtliche Horrorvorstellung. Schon die Idee des additiven Grundrechtseingriffs und mehr noch die Idee der Überwachungsgesamtrechnung birgt daher ein erhebliches datenschutzrechtliches Risiko und kann sich für die Grundrechte der Betroffenen leicht als Danaergeschenk erweisen (so Schwabenbauer a.a.O. Rn. 286 ff.; zu Recht nimmt daher die neuere Rspr. auch davon Abstand, aus dem Verbot der Rundumüberwachung konkrete prozedurale Pflichten der Datenzusammenführung abzuleiten; die Beschränkungen des Informationsflusses zwischen den Behörden sollen vielmehr bestehen bleiben; BVerfGE 141, 220/280 f., 317 f.).

(4) Gegen die Idee einer Überwachungsgesamtrechnung spricht des Weiteren, dass derartige grundrechtliche Gesamtbelastungsrechnungen auch in anderen Teilrechtsgebieten (außerhalb des Sicherheitsrechts) keine Anerkennung gefunden haben bzw. jedenfalls ungebräuchlich sind. Dabei sei nicht bestritten, dass die Idee der Gesamtbelastungsrechnung im Interesse grundrechtlicher Freiheit reizvoll ist, sie ist deswegen bisweilen auch bereits in anderen Kontexten angedacht worden. Im Steuerrecht beispielsweise, wo derartige Gesamtrechnungen noch am leichtesten möglich sein dürften, weil sich Geldsummenschulden problemlos zusammenrechnen lassen, hat phasenweise die Idee des sog. Halbteilungsgrundsatzes fasziniert, nach der die steuerliche Gesamtbelastung (durch alle Steuern) die Hälfte der Einkünfte nicht übersteigen sollte. Sogar das BVerfG spielte in einem obiter dictum mit diesem Gedanken und schien ihm nahezutreten (BVerfGE 93, 121/138); später indes nahm das BVerfG von dieser Idee explizit Abstand (BVerfGE 115, 97/108 ff.). Auch ansonsten bleibt es in der Praxis bei punktuellen Grundrechtsprüfungen, die danach fragen, ob ein bestimmter Grundrechtseingriff eines bestimmten Kompetenzträgers angesichts eines bestimmten Zwecks verhältnismäßig ist. Globalbetrachtungen werden nicht angestellt; beispielsweise gibt es keine Doktrin dazu, ob die Summe aller die Wirtschaft treffenden Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, die aus allen möglichen Zwecken von den verschiedensten Stellen angeordnet werden, insgesamt noch zumutbar ist oder die Belastungsgrenze überschreitet, obwohl auch das eine durchaus interessante Fragestellung wäre. Würde man nun – wie gefordert – singular nur für den Bereich der staatlichen Überwachung dennoch eine Gesamtrechnung verlangen, so würde das der problematischen Tendenz Vorschub leisten, das Überwachungsrecht einer sonderrechtlichen Behandlung zuzuführen, die normale grundrecht-

liche Maßstäbe zunehmend hinter sich lässt. Tendenzen dahin sind ohnehin (auch ohne Überwachungsgesamtrechnung) bereits erkennbar. So findet sich das Recht der Überwachungseingriffe durch Sicherheitsbehörden bereits jetzt einem ganz ungewöhnlich dichten, bis ins Detail gehenden Netz an verfassungsrechtlichen Vorgaben gegenübergestellt, die das moderne Sicherheitsrecht teilweise an den Rand des für den Gesetzgeber Normierbaren und für die Behörden Handhabbaren gebracht haben; das Ergebnis lässt sich an jedem Polizeigesetz ablesen: Während selbst tiefgreifendste klassische Polizeieingriffe mittels knapp gehaltener, teilweise generalklauselartiger Eingriffsbefugnisse bewältigbar bleiben, bedürfen Datenerhebungseingriffe (auch wenn sie vergleichsweise wenig eingriffsintensiv sind) ausführlichster, teilweise seitenlanger Ermächtigungsgrundlagen; so dicht ist das Korsett der Vorgaben und sind die Bestimmtheitsanforderungen bereits geworden. In der Literatur wird diese Entwicklung zu Recht immer wieder kritisiert (vgl. zuletzt z.B. Bull, AöR 145 (2020), 291/315; Rademacher/Perkowski, JuS 2020, 713/719). Und auch in der gegenwärtigen Pandemie, in der die Grundrechtseingriffe teils bis an die Grenze dessen gehen mussten, was in einer freiheitlichen Gesellschaft erträglich erscheint, haben sich die Grundrechte gegenüber elektronischer Überwachung und Datenverarbeitung als tendenziell robuster erwiesen als gegenüber sonstigen Freiheitseingriffen, auch wenn diese gewichtigste Grundrechte betrafen und das reale Leben in bislang unvorstellbarem Maße beeinträchtigten. Ich halte das für eine Fehlentwicklung und kann nur davon abraten, den Weg der grundrechtlichen Sonderdogmatik für Überwachungseingriffe noch weiter voranzutreiben. Die Idee der Überwachungsgesamtrechnung, die den ohnehin schon exzeptionell dichten Vorgaben in Bezug auf Überwachungsmaßnahmen noch eine weitere Hürde hinzufügt, die unsere Rechtsordnung ansonsten nicht kennt, will indes genau das.

(5) Als äußerste (letztlich aus der Menschenwürdegarantie folgende) Grenze für staatliche Überwachungsmaßnahmen formuliert das BVerfG – teils im Kontext des additiven Grundrechtseingriffs (zB BVerfGE 141, 220/280 f.), einmal auch im Kontext der Überwachungsgesamtrechnung (BVerfGE 125, 260/324) – das Verbot der Total- oder Rundumüberwachung. Es scheint mir jedoch fernliegend, dass das tatsächliche Niveau der staatlichen Überwachung in Deutschland, auch wenn man alle staatlichen Maßnahmen zusammenrechnen könnte, in Bezug auf die Bürgerschaft im Allgemeinen auch nur entfernt in die Nähe einer solchen Totalerfassung aller Lebensäußerungen heranreichen könnte. In Bezug auf einzelne Personen, von denen eine konkrete Gefahr ausgeht oder bzgl. derer ein konkreter Verdacht besteht, darf es indes auch nach der Rspr. des BVerfG durchaus intensive Formen der Überwachung geben, die dieser Grenze nahekommen (zur Dauerobservation eines rückfallgefährdenden Sexualstraftäters z.B. BVerfG BayVBl. 2013, 398). Für den additiven Grundrechtseingriff (in Bezug auf eine Person) hat es die jüngere BVerfG-Rspr. ausdrücklich abgelehnt, aus dem Verbot der Rundumüberwachung konkrete prozedurale Pflichten abzuleiten (BVerfGE 141, 220/317 f.; dazu Schwabenbauer a.a.O. Rn. 287). Noch viel weniger scheint es mir vorstellbar, dass aus der weitaus diffuseren Idee der Überwachungsgesamtrechnung (in Bezug auf alle Bürger) konkrete prozedurale Pflichten folgen können.

II. Sicherheitsgesetz-Moratorium

Die grundrechtlichen Schutzpflichten verlangen gemäß st. Rspr. des BVerfG von den staatlichen Organen (insb. vom Gesetzgeber), sich schützend vor die Grundrechte zu stellen, d.h. die grundrechtlichen Schutzgüter insbesondere auch vor rechtswidrigen Angriffen Dritter zu schützen. Der Schutz vor rechtswidrigen Angriffen Dritter kann auch entsprechende staatliche Überwachungsmaßnahmen erfordern. Über die Frage der justiziablen Reichweite der Schutzpflichten, insb. zur Frage eines Untermaßverbotes (zum Ganzen Möstl, in Möstl/Schwabenbauer, BeckOK BayPolSichR, Systematische und begriffliche Vorbemerkungen zum Polizeirecht in Deutschland, Rn. 22 f. m.w.N.) gibt es einige Unsicherheit, eindeutig ist nach der

st. Rspr. des BVerfG jedoch, dass jedenfalls die gänzliche Untätigkeit des Gesetzgebers angesichts relevanter Gefährdungen die Schutzpflichten verletzen kann (BVerfGE 77, 179, Leitsatz 2c; BVerfG BeckRS 2013, 46932 Rn. 5). Nun wird man sicher nicht behaupten können, dass jede neue Gefährdungslage auch neuartige gesetzliche Ermächtigungen erfordert. Ein Sicherheitsgesetz-Moratorium, das sich etwa notwendigen Weiterentwicklungen der Überwachungsbefugnisse prinzipiell verschließt, solange bestimmte Bedingungen (hier Etablierung einer Überwachungsgesamtrechnung) nicht erfüllt sind, steht jedoch in der Gefahr einer strukturellen Schutzpflichtverletzung infolge selbst auferlegter Untätigkeit, sollte es tatsächlich zu neuartigen Gefährdungslagen kommen, die zusätzliche Maßnahmen erfordern, das bestehende Instrumentarium also als evident unzulänglich bzw. gegen das Untermaßverbot verstoßend erscheinen lassen. Die Schutzpflichten verlangen nach hier vertretener Ansicht zumindest eine prinzipielle Bereitschaft, sich mit neuartigen Gefährdungslagen auseinanderzusetzen und sich ergebnisoffen die Frage vorzulegen, ob das bestehende gesetzliche Instrumentarium der Weiterentwicklung bedarf. Ein Sicherheitsgesetz-Moratorium steht dazu in einem strukturellen Widerspruch und erscheint vor den grundrechtlichen Schutzpflichten daher nicht unproblematisch.

Bayreuth, den 18.2.2021

Prof. Dr. Markus Möstl